

# 11 | Toepasselijkheid van algemene voorwaarden in een meerpartijenverhouding

Veel is onduidelijk

J.H.M. Spanjaard <sup>■</sup>

## 1 INLEIDING

In 1982 omschreef Drion het karakter van het Nederlandse contractenrecht al als ‘binair’: het contractenrecht gaat primair uit van een tweepartijenverhouding.<sup>1</sup> Nergens wordt dit principe ‘two is a pair, more is a crowd’<sup>2</sup> meer gevoeld dan in de wettelijke regeling met betrekking tot algemene voorwaarden.<sup>3</sup> Het uitgangspunt van art. 6:231 BW is dat er één gebruiker en één wederpartij is; *tertium non datur*. Over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in meerpartijenverhoudingen is dan ook amper literatuur en rechtspraak voor handen. De schaarse rechtspraak en literatuur concentreert zich met name op het beroep dat derden toekomt op andermans algemene voorwaarden in een relatie waar zij partij bij zijn geworden. Dat betekent dat deze bijdrage vooral een verkenningstocht wordt van niet of nauwelijks in kaart gebrachte problematiek.

De vraag is hoe algemene voorwaarden toepasselijk worden in een meerpartijenverhouding. In deze bijdrage schets ik eerst de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in ‘bilateraal’ verband, om daarna de toepasselijkheid in multilateraal verband te bespreken. Ik ga daarbij uit van het begrip ‘meerpartijenverhoudingen’ zoals geduid door Samoy en Van Loock in hun bijdrage aan dit BW Krant Jaarboek. In deze bijdrage zal ik het contracteren met personenvennootschappen in beginsel niet bespreken. Ik bespreek deze vraagstukken aan de hand van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek (BW); het Weens Koopverdrag laat ik buiten beschouwing.

---

■ Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn en buitenpromovendus aan de Universiteit Leiden.

1 H. Drion, ‘De meerpartijenovereenkomst en zijn problemen’, in: W.M. Kleyn e.a. (red.), *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum*, Deventer: Kluwer 1982, p. 4.

2 Vrij naar de Engelse zegswijze ‘two is a pair, three is a crowd’.

3 B. Wessels & M.H. Wissink, ‘Inleiding’, in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 26.

## 2 TOEPASSELIJKHEID VAN ALGEMENE VOORWAARDEN

### 2.1 Toepasselijkheid van algemene voorwaarden in het BW – tweefasenleer

Naar Nederlands recht wordt de vraag of de algemene voorwaarden onderdeel van de overeenkomst tussen partijen zijn geworden, in twee fases beantwoord. Allereerst moet de vraag worden beantwoord of de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden de gelding van de algemene voorwaarden heeft aanvaard (fase 1). Als dat het geval is, dan kan een wederpartij – wanneer zij kwalificeert als een zogenaamde kleine wederpartij in de betekenis van art. 6:235 BW en niet in het buitenland is gevestigd (art. 6:247 lid 2 BW) – de vernietiging van de algemene voorwaarden (of van bepalingen daaruit) inroepen, indien de gebruiker niet aan zijn op hem rustende informatieplicht heeft voldaan (art. 6:233 onder b jo. 6:234 BW) (fase 2).<sup>4</sup>

### 2.2 Toepasselijkheid – fase 1: aanbod en aanvaarding

De toepasselijkverklaring van algemene voorwaarden verloopt volgens het algemene stamien voor het sluiten van overeenkomsten dat in art. 6:217 jo. 3:33 jo. 3:35 BW is neergelegd: de gebruiker van de algemene voorwaarden biedt zijn algemene voorwaarden aan en de wederpartij dient deze te accepteren. Door aanbod en aanvaarding worden de algemene voorwaarden dan onderdeel van het contract.<sup>5</sup> Acceptatie van de gelding van algemene voorwaarden wordt in de rechtspraak snel aangenomen. Indien naar de algemene voorwaarden wordt verwezen en/of wanneer deze worden bijgesloten, wordt de wederpartij al snel geacht daarmee de gelding van de algemene voorwaarden te hebben aanvaard.<sup>6</sup> Art. 6:225 lid 3 BW bepaalt namelijk dat de aanvaarding van de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden aanwezig wordt geacht, als de wederpartij niet uitdrukkelijk de algemene voorwaarden van de hand wijst.<sup>7</sup>

4 Vooropgesteld dat beide partijen hun hoofdvestiging in Nederland hebben, vgl. art. 6:247 BW.

5 T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, p. 14-15; R.H.C. Jongeneel, 'Gebondenheid', in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 111 e.v.

6 Zie conclusie A-G Wissink voor HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011: BT6684, NJ 2011, 574 (Linthorst/Echoput) onder 2.38 met verwijzingen.

7 Nader over de battle of forms: S.A. Kruisinga, 'Battle of forms', in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 35-49; N. Nijhoff, 'De battle of forms binnen het systeem van art. 6:225 BW: 1-2-3 of 3-2-1?', *ORP* 2013/2, p. 29-34; T.H.M. van Wechem & M.H. Wissink in 'De beperkte strekking van de "first shot rule" van artikel 6:225 lid 3 BW', *VrA* 2004/2, p. 27 e.v.

### 2.3 Geldigheid – fase 2: informatieplicht

Indien de klip van de eerste fase – zijn de algemene voorwaarden toepasselijk op de overeenkomst? – is omzeild en de algemene voorwaarden in beginsel onderdeel uitmaken van de overeenkomst, dient in de tweede fase te worden bekeken, of de algemene voorwaarden onderdeel van de overeenkomst blijven.

Indien de algemene voorwaarden toepasselijk zijn, kunnen zij (of clausules daaruit) onder omstandigheden worden vernietigd, indien niet voor of bij het sluiten van de overeenkomst door de gebruiker van de algemene voorwaarden aan zijn wederpartij een redelijke mogelijkheid is geboden om kennis te nemen van de algemene voorwaarden, aldus art. 6:233 sub b jo. 6:234 BW.

Art. 6:234 BW telt drie leden. Het eerste lid is gewijd aan de overeenkomsten die niet langs elektronische weg tot stand zijn gekomen. Uitgangspunt van lid 1 is terhandstelling van de algemene voorwaarden. Indien terhandstelling redelijkerwijze niet mogelijk is, mag de gebruiker van de algemene voorwaarden volstaan met een verwijzing naar de plaats van deponering, vergezeld van de mededeling dat de algemene voorwaarden op eerste verzoek kosteloos worden toegezonden.<sup>8</sup>

Lid 2 bepaalt de mogelijkheden van terhandstelling van de algemene voorwaarden bij langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomsten. De algemene voorwaarden dienen ter beschikking te worden gesteld op een wijze die de wederpartij in staat stelt de algemene voorwaarden op te slaan en later (op ieder gewenst moment) te reproduceren.<sup>9</sup> Als dit niet mogelijk is, mag worden volstaan met verwijzing naar het (web)adres waar de algemene voorwaarden kunnen worden ingezien, vergezeld van de mededeling dat de algemene voorwaarden op eerste verzoek langs elektronische weg worden toegezonden.

Lid 2 bepaalt dat de kennisgeving langs elektronische weg ook kan worden toegepast op overeenkomsten die niet langs elektronische weg tot stand zijn gekomen. Lid 3 bepaalt dat in een dergelijk geval de uitdrukkelijke instemming van de wederpartij vereist is.<sup>10</sup> De wetgever geeft niet aan hoe aan het uitdrukkelijkheidsvereiste kan worden voldaan. Dit zal derhalve in de rechtspraak en literatuur moeten worden verduidelijkt.<sup>11</sup>

De dienstverrichter in de zin van de Dienstenrichtlijn,<sup>12</sup> welke richtlijn op 28 december 2009 is geïmplementeerd in art. 6:230a e.v. BW,<sup>13</sup> is niet gebonden aan de terhandstellingseis van art. 6:234 BW. Art. 6:230c BW bepaalt onder meer dat hij kennis kan geven van de algemene voorwaarden door verwijzing

<sup>8</sup> Tenzij ook dit redelijkerwijze niet mogelijk is, aldus artikel 6:234 lid 1, laatste volzin BW.

<sup>9</sup> Art. 10 lid 3 Richtlijn elektronische handel (Richtlijn 2000/31/EG, *PbEG* 2000, L 178).

<sup>10</sup> Vgl. *Kamerstukken I* 2008/09, 31 358, C, p. 10-11; *Kamerstukken I* 2009/10, 31 358, E, p. 6-7.

<sup>11</sup> *Kamerstukken I* 2009/10, 31 358, E, p. 6-7.

<sup>12</sup> Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376.

<sup>13</sup> *Stb.* 2009, 617.

naar het webadres waar de algemene voorwaarden zijn gepubliceerd. Art. 6:230e BW bepaalt daarbij dat van de algemene voorwaarden uiterlijk bij aanvang van de dienstverlening moet zijn kennis gegeven. Deze normen zijn minder streng dan de norm van art. 6:234 BW die voorschrijft dat voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de informatieplicht moet zijn voldaan.<sup>14</sup>

De informatieplicht van art. 6:233 onder b jo. 6:234 (en eventueel 6:230c) BW geldt evenwel niet, indien de wederpartij een grote wederpartij is in de zin van art. 6:235 lid 1 BW, zelf dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden gebruikt (art. 6:235 lid 3 BW), of een in het buitenland gevestigde professionele partij is (art. 6:247 lid 2 BW).<sup>15</sup> Een andere ontsnapping aan de knellende band van art. 6:234 BW vormt het geval, waarin het vasthouden aan de informatieplicht van art. 6:233 onder b jo. 6:234 (en eventueel 6:230c) BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.<sup>16</sup> Van een dergelijk geval kan naar omstandigheden sprake zijn, indien de wederpartij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst langs andere weg kennis heeft genomen van de algemene voorwaarden.<sup>17</sup> De reikwijdte van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid lijkt overigens beperkt, omdat de Hoge Raad in het Attingo-arrest benadrukte dat op de gebruiker van de algemene voorwaarden de actieve verplichting rust de inhoud van zijn algemene voorwaarden aan zijn wederpartij bekend te maken.<sup>18</sup>

### 3 MEERPARTIJENVERHOUDINGEN EN ALGEMENE VOORWAARDEN

In hun bijdrage aan dit BW Krant Jaarboek geven Samoy en Van Loock een adequate beschrijving van de meerpartijenovereenkomst naar Belgisch recht. Zij onderscheiden drie typen van meerpartijenovereenkomsten: de symmetrische meerpartijenovereenkomst, de asymmetrische meerpartijenovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst. Naar mijn mening is deze typologie naar Nederlands recht evenzeer hanteerbaar. Samoy en Van Loock omschrijven de *symmetrische* meerpartijenovereenkomst als de overeenkomst die een unieke rechtsband tot stand brengt met aan elke zijde een of meerdere schuldenaren en/of schuldeisers die een gelijke positie innemen of met gelijkgerichte belan-

14 Vgl. T.H.M. van Wechem en J.H.M. Spanjaard, 'Bevoegdheid, vertegenwoordiging en informatieplicht: bakens worden verzet', *Contracteren* 2010/4, p. 149-150; C.E. Drion, 'Dwaallicht', *NJB* 2010/36, p. 2339; J.H.M. Spanjaard, 'Algemene voorwaarden, klachtplicht en exoneration: contractanten, wees duidelijk en volledig!', *Contracteren* 2011/2, p. 64-66.

15 Vgl. R.H.C. Jongeneel, 'Grote wederpartijen', in B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 193-200.

16 HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000/207 (Geurtzen/Kampstaal) en HR 6 april 2001, *NJ* 2002/385 (VNP/Havrij).

17 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV9577 (Tekholl/Veka).

18 HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7308, *NJ* 2011/571 m.nt. JH (Attingo).

gen tussenkomen. Als voorbeeld noemen zijn de overeenkomst tot aan- of verkoop van een huis door twee echtgenoten.

Zij omschrijven de *asymmetrische* meerpartijenovereenkomst waarbij elke partij een eigen juridische positie inneemt, zonder dat het mogelijk is de partijen in (slechts) twee groepen in te delen. Er komen meer dan twee groepen van partijen tussen het tegengestelde of althans andersgerichte belangen. Voorbeelden die worden genoemd zijn de meerpartijenruil, de delegatie-overeenkomst en de contractoverdracht. Naar mijn mening kan ook de overeenkomst tot koop en verkoop op een veiling onder de noemer van de asymmetrische overeenkomsten worden gebracht, omdat in dat geval de driehoeksverhouding tussen de veilingkoper, de veilingverkoper en de veilingorganisator ontstaat.

Tot slot bestaat er de *samenwerkingsovereenkomst*, waarbij iedere partij weliswaar een onderscheiden verbintenis aangaat, maar alle verbintenissen tezamen zijn gericht op het verwezenlijken van een gemeenschappelijk project. Voorbeelden zijn de maatschap, de bouwteamovereenkomst en de overeenkomst die strekt tot samenwerking op het gebied van onderzoek en ontwikkeling.

Hierna zal ik ten aanzien van deze drie typen van meerpartijenovereenkomsten ingaan op de uitwerking van het leerstuk van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Het onderscheid tussen een asymmetrische meerpartijenovereenkomst en een samenwerkingsovereenkomst zal niet altijd gemakkelijk te treffen zijn. Ook ingeval van een samenwerkingsovereenkomst – met name indien niet sprake is van een personenvennootschap – kunnen partijen tegengestelde belangen hebben.

De kwalificatie van een relatie als meerpartijenverhouding speelt in de navolgende paragrafen te bespreken rechtspraak aan de oppervlakte geen doorslaggevende rol, maar lijkt onder de oppervlakte wel degelijk van belang te zijn, om te beoordelen of en zo ja, op welke algemene voorwaarden door partijen een beroep kan worden gedaan of op de vraag, welke algemene voorwaarden partijen te dulden hebben. Opvallend daarbij is dat de rechter in een aantal gevallen niet terugdeinst om ‘schuin over te steken’: partijen kunnen dan jegens elkaar een beroep doen op algemene voorwaarden die een derde in de meerpartijenverhouding heeft bedongen. Daarmee wordt de toepasselijkheid van algemene voorwaarden ten opzichte van bilaterale verhoudingen – waarbij sprake is van een gebruiker die zijn algemene voorwaarden ten opzichte van zijn wederpartij van toepassing verklaart – aanzienlijk opge-rekt.

#### 4 DE SYMMETRISCHE MEERPARTIJENOVEREENKOMST

Overeenkomsten waarbij één gebruiker van algemene voorwaarden gelijktijdig met meerdere wederpartijen een overeenkomst sluit, zoals de reisovereenkomst

die met een echtpaar wordt gesloten of de koopovereenkomst ter zake van door een groep vrienden gekochte auto (waarbij de vrienden zich als groep presenteren), komen geregeld voor. De groep vrienden die gemeenschappelijk een auto koopt, kan onder omstandigheden, als zij zoals art. 7A:1655 BW voorschrijft, het oogmerk hebben voordeel te behalen, als (stille) maatschap worden beschouwd.

Mijns inziens kunnen ten aanzien van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden de regels van de algemene voorwaardenregeling van boek 6 BW één-op-één worden toegepast. Ten aanzien van de wederpartijen komt het er mijns inziens dan niet op aan of sprake is van een meerpartijenverhouding, maar of de groep door één van hen wordt vertegenwoordigd. Indien het antwoord op die vraag 'ja' is, zal terhandstelling aan de vertegenwoordiger al snel ook de groep binden. Indien de samenwerking als maatschap in de zin van art. 7A:1655 BW moet worden gekwalificeerd bieden de art. 7A:1681 en 7A:1682 BW soelaas.

Indien geen sprake is van vertegenwoordiging van de groep door één van de groepsleden, zullen naar mijn mening al snel ten aanzien van ieder van de wederpartijen de in de voorgaande paragrafen geschetste fases 1 en 2 moeten worden doorlopen. Dat houdt in dat de gebruiker jegens iedere wederpartij individueel de algemene voorwaarden toepasselijk zal moeten verklaren en aan iedere individuele wederpartij kennis zal moeten geven van de algemene voorwaarden in het kader van art. 6:233 onder b BW. De sanctie is dat de wederpartij ten aanzien van wie daaraan niet is voldaan, een beroep op hetzij de niet-toepasselijkheid van de algemene voorwaarden toekomt (indien de algemene voorwaarden niet van toepassing zijn verklaard), hetzij een beroep op vernietiging (indien de gebruiker niet aan de informatieplicht voldoet).<sup>19</sup>

Onduidelijk is, of wederpartijen onderling ook een beroep kunnen doen op de voorwaarden die de gebruiker jegens hen heeft bedongen. Een sterk argument 'contra' vormt naar mijn mening de omstandigheid – ervan uitgaande dat de overeenkomst op dat vlak geen bepalingen bevat – dat de wederpartijen onderling niet de algemene voorwaarden van de gebruiker van toepassing hebben verklaard en dat het dus de vraag is of hun wil erop is gericht dat de algemene voorwaarden van de gebruiker ook tussen hen gelden. Een tegenindicatie vormt het vonnis van de Zwolse kantonrechter van 16 januari 2010, waarin de aanschaf van een motor van het merk Harley Davidson op veilingsite eBay centraal stond.<sup>20</sup>

---

19 Vgl. in dit kader ten aanzien van de inhoudstoets van art. 6:233 onder a BW: J. Hijma, *Algemene voorwaarden (Monografieën BW)*, Deventer: Kluwer 2010, p. 44. Mutatis mutandis geldt mijns inziens hetzelfde voor art. 6:233 onder b BW.

20 Ktr. Zwolle 16 januari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BL3717 (Harley Davidson). Nader over dit vonnis en internetveilingen: J.H.M. Spanjaard, 'Internetveilingen – geen easy riding', *VrA* 2010/3, p. 3-12.

De kantonrechter diende te oordelen, of de algemene voorwaarden ('de Gebruikersovereenkomst', blijkens het vonnis) die eBay in haar relatie met gebruikers van haar website hanteert, ook de relatie tussen de verkoper en de koper op eBay beheersen.

In het kort ging het om het volgende. De gedaagde was verkoper van een motor van het merk Harley Davidson van het type FL 1340.

De veiling sloot op 20 maart 2009. Op die dag bleek dat het 21<sup>e</sup> en tevens laatste bod ook het hoogste was: € 3.250. Dit bod was door eiser, een persoon die geregeld op eBay handelt, gedaan. Deze prijs bedroeg minder dan de helft van de marktwaarde van de Harley die circa € 7.500 bedroeg.<sup>21</sup> Gedaagde weigerde aan eiser te verkopen en verkocht de motor aan een derde voor € 7.000.<sup>22</sup> Eiser liet het er niet bij zitten en vorderde bij de kantonrechter een schadevergoeding van € 4.250 stellende dat tussen hem en gedaagde een koopovereenkomst tot stand was gekomen.

De kantonrechter overweegt zonder veel omhaal dat tussen partijen niet in geschil is dat de relatie tussen eiser en gedaagde wordt beheerst door de regels van eBay, zoals deze zijn vastgelegd in de Gebruikersovereenkomst.<sup>23</sup> Opvallend is de nogal korte motivering van het vonnis op het gebied van de toepasselijkheid van de Gebruikersovereenkomst op de relatie tussen de veilingkoper en de veilingverkoper. In r.o. 4 van zijn vonnis overweegt de kantonrechter daarover: 'Niet in discussie is dat de contractuele verhouding tussen koper en verkoper wordt beheerst door de regels van de veilingssite. Die regels zijn vastgelegd in de Gebruikersovereenkomst, die zowel voor de koper als voor de verkoper regels en voorschriften bevat'.<sup>24</sup> Opgemerkt zij dat deze zaak zich afspeelde tegen de achtergrond van een internetveiling in een door eBay afgebakende digitale omgeving. De kantonrechter meent dat de aanvaarding van de gebruiksvoorwaarden van eBay door zowel de verkoper als de koper onafhankelijk van elkaar, met zich brengt dat verkoper en koper in hun onderlinge relatie ook de gelding van de gebruiksvoorwaarden van eBay tegen zich moeten laten gelden. Het doortrekken van de toepasselijkheid van de gebruiksvoorwaarden naar de relatie tussen verkoper en koper – die onderling niet de toepasselijkheid van algemene voorwaarden overeen zijn gekomen – kan mijns inziens uitsluitend plaatsvinden door de veilingkoop als meerpartijenovereenkomst te zien, waarbij het veilinghuis (eBay), de verkoper en de koper partij zijn. Van geval tot geval zal naar mijn mening

---

21 R.o. 2.

22 R.o. 1.

23 R.o. 4.

24 Vgl. Asser-Hijma 7-1 (2013), nr. 71, waarin wordt opgemerkt dat een veilingkoop in wezen weinig anders is dan een 'gewone' koopovereenkomst, geregeerd door veilingvoorwaarden. Vgl. voorts, maar niet naar Nederlands recht: C. Ramberg, *Internet Marketplaces. The Law of Auctions and Exchanges Online*, Oxford: University Press 2002, p. 76.

moeten worden bekeken, of zich een dergelijke meerpartijenverhouding kan voordoen.

## 5 ASYMMETRISCHE MEERPARTIJENOVEREENKOMST

Een andere situatie die zich kan voordoen, is de situatie waarin één wederpartij gebruik maakt van de diensten van meerdere gebruikers, die ieder een eigen rol hebben bij de overeenkomst. Dit betreft de door Samoy en Van Loock gesignaleerde asymmetrische meerpartijenovereenkomst. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin de opdrachtgever aan een aannemer, een installateur van elektra en een loodgieter opdracht geeft tot het verrichten van werkzaamheden in zijn huis, waarbij de opdrachtgever de coördinatie houdt. In dat geval is het goed denkbaar dat de aannemer de in de aannemerij gangbare AVA 1992 voorwaarden van toepassing verklaart en de installateur en de loodgieter onafhankelijk van elkaar de ALIB '92 voorwaarden, die gangbaar zijn in de installatie- en loodgietersbranche, van toepassing verklaren.

### 5.1 Zorg voor duidelijkheid: twee verwijzingen is geen verwijzing

Ook in een dergelijk geval geldt de stelregel dat aan de art. 6:217 BW (in fase 1) en 6:233 onder b BW (in fase 2) voldaan moet zijn. Ten aanzien van fase 1 geldt als bijzonderheid dat de gebruikers van de algemene voorwaarden duidelijk moeten maken, op welke activiteiten de algemene voorwaarden van toepassing zijn en – met name in het geval van het tweede voorbeeld – welke hiërarchie geldt binnen de algemene voorwaarden. Indien namelijk een situatie wordt gecreëerd waarin de schijn wordt gewekt dat alle sets algemene voorwaarden het gehele contract zouden beheersen zonder dat een rangregeling wordt opgenomen, is het staande rechtspraak van de Hoge Raad dat geen van de algemene voorwaarden van toepassing is.<sup>25</sup>

In dergelijke meerpartijensituaties doen de gebruikers van algemene voorwaarden er derhalve goed aan, af te bakenen op welke activiteit hun algemene voorwaarden van toepassing zijn, dan wel welke onderlinge hiërarchie tussen voorwaarden gelden. In de praktijk wordt in overeenkomsten van aanneming van werk vaak een hiërarchiebepaling aangetroffen, waarin wordt aangegeven

---

25 HR 28 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2507, NJ 1998/705 m.nt. JH (Visser/Avéro); vgl. voorts T.J. de Graaf, 'Pitfalls in ICT-contracten', *Contracteren* 2013/3, p. 101; S. van Gulijk & G.J.S. van der Velden, 'Het gebruik van doorverwijzingen in algemene voorwaarden. Bouw en logistieke dienstverlening vergeleken.', *TBR* 2012/178.



welke rangorde tussen de contractstukken geldt.<sup>26</sup> In de vervoersbranche is het *usance* dat per uit te voeren dienst wordt verwezen naar de op die dienst toepasselijke voorwaarden. Op die manier is het de wederpartij duidelijk, welke voorwaarden wanneer gelden en kan de hiervoor geschetste problematiek, dat geen van de voorwaarden van toepassing is, worden vermeden. Een dergelijke afbakening is noodzakelijk, om te voorkomen dat in geval van geschil de rechter oordeelt dat geen algemene voorwaarden van toepassing zijn en de gebruiker van de algemene voorwaarden zich – bijvoorbeeld – niet kan beroepen op de in die algemene voorwaarden opgenomen exonerationclausule.

## 5.2 Een beroep op de algemene voorwaarden over en weer

Onduidelijk is of gebruikers van algemene voorwaarden onderling ook een beroep op elkaars voorwaarden toekomt. Deze vraag speelde in het arrest Buderus/Zürich, waarin kort gezegd het volgende speelde.<sup>27</sup> De gemeente Noordoostpolder heeft op 3 juli 1996 aan de GTI opdracht gegeven tot vervanging van de centrale verwarmingsketel en (C.V.-) regelingen in de Flevoschool in Emmeloord. GTI heeft op haar beurt Buderus opdracht gegeven de ketel te leveren, deze samen in te bouwen en in bedrijf te stellen. GTI heeft jegens de gemeente de toepasselijkheid van de ALIB-voorwaarden bedongen. Vervolgens worden de werkzaamheden niet naar behoren uitgevoerd. Zürich, de gesubrogeerde schadeverzekeraar van de gemeente Noordoostpolder spreekt zowel GTI als Buderus aan.

Het gerechtshof verzuimt, aldus ook het cassatiemiddel, uitspraak te doen over de vraag, of Buderus een beroep toekomt op de door GTI van toepassing verklaarde ALIB-voorwaarden. De Hoge Raad gaat hier in mee, blijkens r.o. 3.4:

‘Onderdeel 1 houdt de klacht in dat het hof heeft verzuimd een beslissing te geven op het verweer van Buderus dat zij zich kan beroepen op de verweermiddelen van GTI, waaronder het beroep op het in art. 70 van de ALIB vervatte verjaringsbeding. In dit verband heeft Buderus gesteld dat de opdracht van de Gemeente aan GTI ertoe strekt een ketel van Buderus te installeren en dat de toepasselijke

---

26 Althans, dat is mijn empirische ervaring. Een dergelijke bepaling zou als vorm kunnen zijn vormgegeven: ‘1. Ten aanzien van de contractsdokumenten geldt de volgende rangorde, waarbij het eerste nummer het belangrijkste document weergeeft en het laatste nummer het minst belangrijke document: 1. Deze overeenkomst; 2. De AVA 1992; 3. De bepalingen van het bestek; 4. De UAV 1989. 2. In geval van tegenstrijdigheid binnen de in het eerste lid genoemde dokumenten prevaleert het hoogst gerangschikte document.’

27 HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1665 (Buderus/Zürich). Dit arrest is het minder bekende ‘zusje’ van HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664, NJ 2005/141 (GTI/Zürich).

voorwaarden betrekking hebben op alle tussen installateur en opdrachtgever gesloten overeenkomsten, waarbij Buderus' werkzaamheden onderdeel uitmaakten van de door de installateur gesloten overeenkomst. Het onderdeel wijst erop dat het hof, ook indien het van oordeel was dat GTI zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet op het verjaringsbeding kan beroepen, had moeten nagaan of Zürich deze omstandigheid ook aan Buderus kon tegenwerpen. Deze klacht is in zoverre gegrond, dat het hof op dit verweer niet een gemotiveerde beslissing heeft gegeven. De overige klachten van het onderdeel, die zakelijk overeenstemmen met de in het arrest van de Hoge Raad van heden in de zaak tussen GTI en Zürich, nr. C03/105, gegrond bevonden klachten, behoeven in dit stadium geen behandeling.'

Deze rechtsoverweging bevat mijns inziens twee interessante elementen. Allereerst lijkt de Hoge Raad ruimte te geven aan de omstandigheid dat op de contractuele bepaling een beroep kan worden gedaan door een bij de overeenkomst betrokken derde. Dit lijkt overigens al te volgen uit eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad over onderaannemingssituaties, waarbij aan de aannemer de vrije hand wordt gegeven over de inrichting van zijn werkzaamheden. Voor een goed begrip van het arrest van de Hoge Raad, wordt hieronder nader ingegaan op die specifieke jurisprudentie, die – zo lijkt het uit de bewoordingen van de hierboven geciteerde rechtsoverweging – ten grondslag heeft gelegen aan de beslissing van de Hoge Raad.

Het tweede interessante element betreft de overweging van de Hoge Raad, dat de omstandigheid dat een beroep van GTI op haar eigen algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, niet automatisch betekent dat een beroep van Buderus op de algemene voorwaarden van GTI eveneens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

#### 5.2.1 *Derdenwerking van algemene voorwaarden: van Gegaste uien naar Himalaya*

In de praktijk worden geregeld relaties aangetroffen, waarin een opdrachtgever aan een opdrachtnemer opdracht geeft een bepaalde dienst te verrichten of een bepaald werk te realiseren. Het komt voor dat de opdrachtnemer niet de gehele dienst zelf kan verrichten, maar daarbij derden moet inschakelen. Met name in de bouw is onderaanneming aan de orde van de dag, maar ook in de softwaredienstverlening komt onderaanneming vaak voor.<sup>28</sup>

Indien de opdrachtnemer algemene voorwaarden jegens de opdrachtgever hanteert, strekken deze algemene voorwaarden zich niet automatisch over de onderaannemer (onderopdrachtnemer) uit. Dit kan anders zijn indien de algemene voorwaarden een zogeheten Himalaya-clausule bevatten, die inhoudt

---

28 Vgl. T.J. de Graaf, 'Back-to-back contracteren bij distributie', *ORP* 2014/2, p. 31-35.

dat de bepalingen in de algemene voorwaarden ook gelden voor door de opdrachtnemer ingeschakelde derden.<sup>29</sup>

Spannender is het geval waarin de opdrachtnemer jegens de opdrachtgever geen algemene voorwaarden hanteert, maar de onderaannemer/onderopdrachtnemer jegens de opdrachtnemer wel. Indien de opdrachtgever in geval van een fout die begaan is door de onderaannemer/onderopdrachtnemer, de opdrachtnemer aanspreekt, zal deze opdrachtnemer in de regel ten volle aansprakelijk zijn voor de eventuele schade die uit de voor zijn verantwoordelijkheid komende fout voortvloeit. De opdrachtnemer zal de schade vervolgens willen verhalen op de onderaannemer/onderopdrachtnemer. Indien deze een exonerationclausule hanteert, zal de opdrachtnemer deze tegen zich hebben te doen gelden.<sup>30</sup>

Nog interessanter wordt het, indien de opdrachtgever besluit niet de opdrachtnemer aan te spreken, maar de onderaannemer/onderopdrachtgever. Onder zeer geclausuleerde omstandigheden biedt de rechtspraak hiervoor ruimte. Een dergelijke aanspraak vormt dan een actie uit onrechtmatige daad. Het moet dan – kort gezegd – gaan om situaties waarin de partij aan wie de onrechtmatige daad wordt verweten, haar gedrag mede door de belangen van de betrokken derde had moeten laten bepalen, doordat de overeenkomst een schakel is gaan vormen in het rechtsverkeer waarmee de belangen van die derde nauw zijn verbonden. Dit vormde onderwerp van het arrest Vleesmeesters/Alog.<sup>31</sup> In dat arrest speelde de omstandigheid dat Vleesmeesters een winkel-in-winkel huurovereenkomst had gesloten met Alog voor de huur van een slagerij in een Aldi-supermarkt. De Aldi-supermarkt verhuisde vervolgens, zonder dat Vleesmeesters de gelegenheid werd geboden mee te verhuizen en zonder te garanderen dat de Aldi door een andere supermarkt, waar Vleesmeesters een ‘winkel-in-winkel’ zou exploiteren, zou worden opgevolgd. Dit leidde tot de vraag of Vleesmeesters in de feitelijke constellatie die door het samenstel van overeenkomsten was ontstaan, van Alog mocht verwachten dat er hetzij een supermarkt in het gehuurde bleef, hetzij dat Alog zich, bij vertrek van die supermarkt, de belangen van Vleesmeesters op andere wijze

---

29 De Himalaya clause dankt zijn naam aan England and Wales Court of Appeal (Civil Division) 29 oktober 1954, BAILII Citation Number: [1954] EWCA Civ 3 (*Adler v. Dickson*) en is vernoemd naar het schip s.s. Himalaya, dat een centrale rol speelde in het arrest.

30 Hoewel dat het bestek van deze bijdrage te buiten gaat – het onderwerp is immers toepasselijkheid van de algemene voorwaarden, niet de inhoudstoetsing van in beginsel toepasselijke voorwaarden – komt de opdrachtnemer in een dergelijk geval geen beroep op art. 6:244 BW toe, omdat dat artikel uitsluitend geldt in de situatie dat een beding in de algemene voorwaarden die gelden in de relatie tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer is vernietigd, terwijl een zelfde beding in de relatie tussen de opdrachtnemer en de onderaannemer van kracht blijft.

31 HR 24 september 2004, NJ 2008, 587 (Vleesmeesters/Alog).

zou aantrekken. Daarbij kan worden gedacht aan de mogelijkheid haar met de supermarkt mee te laten verhuizen of aan een financiële compensatie.

Daarbij moet voorts worden gelet op onder meer de aard van het betrokken belang, de voorzienbaarheid en omvang van de schade, de ernst van de tekortkoming in de nakoming van een verbintenis en het jegens de derde gewekt vertrouwen in de hoedanigheid van betrokkenen.<sup>32</sup> In geval van een beroepsfout en van zaakschade wordt doorgaans eerder onrechtmatige daad aangenomen dan bij andere gevallen van toerekenbare tekortkoming.<sup>33</sup>

De vraag die dan rijst, is of de aangesproken derde in de relatie tot de opdrachtgever kan beroepen op de door hem jegens zijn contractspartner gehanteerde algemene voorwaarden. Indien de opdrachtgever aan de aannemer bijvoorbeeld de vrije hand geeft over het verrichten van werkzaamheden door een onderaannemer, kan de exoneration van de onderaannemer zich uitstrekken over de opdrachtgever, aldus de Hoge Raad in het arrest *Gegaste uien*.<sup>34</sup> In het nadien gewezen arrest *Makro/Securicor* oordeelde de Hoge Raad van belang of het beding tot beperking van de aansprakelijkheid van dien aard is dat de opdrachtgever met een dergelijk beding geen rekening had hoeven houden en/of de onderaannemer de indruk heeft gewekt dat de exoneration zich niet over de opdrachtgever zou uitstrekken.<sup>35</sup> In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat zich omstandigheden in de relatie tussen de opdrachtgever, zijn opdrachtnemer en de betrokken derde kunnen voordoen, die met zich brengen dat de opdrachtgever de voorwaarden die de derde hanteert, in redelijkheid tegen zich moet laten gelden. Uitdrukkelijk werd daarbij het criterium van het geven van de vrije hand genoemd. Deze jurisprudentie is nadien herhaald in de arresten *Citronas* en *ODS/CPS*.<sup>36</sup>

Eén van de toetsingscriteria is dus, of aan de opdrachtnemer door de opdrachtgever de vrije hand is gegeven aangaande de uitvoering van de opdracht en of de opdrachtgever er rekening mee moet houden dat bij de uitvoering van de overeenkomst wordt gecontracteerd met derden, die algemene voorwaarden hanteren. Vranken merkt in dit kader op, dat indien de opdrachtgever de onderaannemer uit hoofde van onrechtmatige daad kan aanspreken, het niet meer dan logisch is dat – spiegelbeeldig – de onderaannemer de door hem gehanteerde voorwaarden in de relatie met de hoofdaannemer ook aan de opdrachtgever kan tegenwerpen.<sup>37</sup>

Interessant in dit verband is de situatie waarin de aannemer jegens zijn opdrachtgever algemene voorwaarden hanteert, waarin een Himalaya-clausule voorkomt, inhoudende dat de aansprakelijkheidsbeperking ook voor onder-

32 HR 12 oktober 1979, *NJ* 1980, 117 (*Radio Modern/Edah*); HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 511.

33 Vgl. Asser-Hartkamp –Sieburgh (2011), 6-IV, nr. 67.

34 HR 7 maart 1969, *NJ* 1969, 249 (*Gegaste uien*).

35 HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362 (*Securicor I*).

36 HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35 (*Citronas*) en HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 553 (*ODS/CPS*).

37 J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht II', *WPNR* 1997/6289, p. 738-739.

geschikten van de aannemer en onderaannemers geldt, maar de onderaannemer zelf de toepasselijkheid van zijn algemene (onderaannemings)voorwaarden heeft bedongen in zijn relatie met de hoofdaannemer, waarvan de aansprakelijkheidsbeperking afwijkt van de algemene voorwaarden die de aannemer jegens de opdrachtgever hanteert. Indien de opdrachtgever de onderaannemer aanspreekt uit hoofde van onrechtmatige daad, is het in praktisch opzicht het meest eenvoudig dat de onderaannemer een beroep doet op de Himalaya-clausule. Dan kan de onderaannemer de stelplicht en bewijslast uit het Gegaste Uien-arrest omzeilen en speelt hooguit de discussie of de algemene voorwaarden van de aannemer toepasselijk zijn geworden en gebleven en of de Himalaya-clausule zo kan worden uitgelegd dat zij ook ziet op verbintenissen uit onrechtmatige daad.<sup>38</sup>

Indien de onderaannemer zich uitsluitend wil beroepen op zijn eigen algemene voorwaarden of een beroep op de Himalaya-clausule is uitgesloten (bijvoorbeeld omdat de algemene voorwaarden van de aannemer door de opdrachtgever worden vernietigd met een beroep op art. 6:233 onder b BW), komt het mij voor dat de hiervoor genoemde regel uit het Gegaste Uien-arrest geldt, mits de onderaannemer stelt en aantoonst dat de opdrachtgever in redelijkheid de gelding van die algemene voorwaarden moet dulden.

#### 5.2.2 *Quod non licet Iovi, licet bovi*<sup>39</sup>

In Zürich/Buderus overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.4 dat de omstandigheid dat een beroep van GTI op haar eigen algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht, nog niet automatisch betekent dat een beroep door Buderus op de algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Deze overweging houdt verband met de aard van de toetsing aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De toetsing komt neer op de gevolgen die inroeping van het beding tussen de betreffende partijen heeft voor de partij tegen wie het wordt ingeroepen. Zij raakt de positie van derden niet bij voorbaat. Bij de toetsing wordt acht geslagen op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de overeenkomst, de hoedanigheid van partijen en de wederzijds kenbare belangen.<sup>40</sup> Zoals de Hoge Raad in r.o. 3.4 van het arrest Buderus/Zürich tot uitdrukking brengt, kan dat tot gevolg hebben dat een beroep op algemene voorwaarden in de ene relatie wel, maar in de andere relatie – bijvoorbeeld omdat de betreffende partijen zich anders

38 Dat laatste lijkt mij overigens uit de aard van de Himalaya-clausule te volgen, omdat de enige aanspraak die de opdrachtgever in het kader van een paardensprong heeft, die van de onrechtmatige daad is.

39 Vrij naar het Romeinse spreekwoord ‘Quod licet Iovi, non licet bovi’ (‘Wat Jupiter mag, mag het rund nog niet’).

40 Vgl. o.a. HR 23 maart 1990, NJ 1991/241 (Botman/Van Haaster) en HR 14 juni 2002, NJ 2003/112 (Bramer/Colpro).

tegenover elkaar verhouden – niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht.

Hoe de aanvaardbaarheidstoets in concreto zou aflopen, is niet bekend. Eveneens op 15 oktober 2004 wees de Hoge Raad het arrest GTI/Zürich, welk arrest over dezelfde overeenkomst handelde als Buderus/Zürich.<sup>41</sup> In GTI/Zürich vernietigde de Hoge Raad het oordeel van het hof dat het beroep van GTI op het vervalbeding in haar algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.

Het arrest Buderus/Zürich leert naar mijn mening over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in meerpartijenverhoudingen dat per partij moet worden gezien of voldaan is aan de elementen voor toepasselijkheid. Bij toetreders tot de relatie – onderaannemers of partijen die later tot de overeenkomst toetreden – lijkt snelle gebondenheid aan de orde. Dit correspondeert met de Parlementaire Geschiedenis van het huidige art. 6:232 BW over de gebondenheid aan algemene voorwaarden van de partij die tot een contractuele relatie toetreedt door een derdenbeding te sluiten.

In de parlementaire behandeling van wat nu art. 6:232 BW is, wordt opgemerkt:

‘(...) In dit verband zij nog herinnerd aan art. 6.5.3.5a bepalend dat degene die een derden-beding heeft aanvaard als partij bij de overeenkomst geldt. Dit betekent voor de onderhavige regeling derhalve tweërlei. Enerzijds zal de derde door de werking van art. 2 lid 1 spoedig aan de gelding van de algemene voorwaarden, gebruikt in de overeenkomst waaruit zijn recht voortvloeit, onderworpen zijn, hetgeen van belang is voor de beperkingen waaraan dat recht is onderworpen of voor eventuele verplichtingen die de aanvaarding van dat derdenbeding hem mocht opleggen. (...)’<sup>42</sup>

Uit deze passage en ook uit de ratio van het derdenbeding vloeit voort dat de derde snel gebonden is aan de algemene voorwaarden verbonden aan het derdenbeding. Art. 6:253 en 6:254 BW, waarin het derdenbeding is geregeld, bepalen immers dat de derde pas partij wordt bij de overeenkomst, indien hij het derdenbeding heeft aanvaard. Deze aanvaarding geschiedt langs de lijnen van de art. 6:217 BW en 3:33 en 3:35 BW. Opmerkelijk is dat de parlementaire geschiedenis zwijgt over de rol van de art. 6:233 onder b en 6:234 BW in het kader van een derdenbeding.

---

41 HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664, NJ 2005/141 (GTI/Zürich).

42 PG Invoering Boek 6 BW, p. 1574. Vgl. voorts: Wessels en Wissink 2010, p. 26-28 en Hijma 2010, p. 44-45.

## 6 SAMENWERKINGSOVEREENKOMST

Het derde type meerpartijenovereenkomst dat wordt onderscheiden, is de samenwerkingsovereenkomst. Dit type overeenkomst kenmerkt zich door de omstandigheid dat elke partij weliswaar een onderscheiden verbintenis aangaat, maar dat alle verbintenissen tezamen gericht zijn op de realisatie van een gemeenschappelijk project. Als voorbeeld voor de bespreking van deze samenwerkingsovereenkomst neem ik een bouwteam overeenkomst waarbij zijn aangesloten de opdrachtgever, een architect, een toezichthouder (directievoerder), een hoofdaannemer en installateurs.

Indien partijen samen een schriftelijke overeenkomst sluiten, waarvan de algemene voorwaarden onderdeel uitmaken, zal tussen allen de toepasselijkheid van algemene voorwaarden gelden en zullen alle partijen over een weer een beroep op de algemene voorwaarden kunnen doen. Ik stel mij een dergelijke clausule als volgt voor: 'Op de onderhavige overeenkomst zijn de algemene voorwaarden [X] van toepassing. Voornoemde algemene voorwaarden zijn als bijlage aan deze overeenkomst gehecht.'

Indien van de overeenkomst meerdere sets algemene voorwaarden onderdeel gaan uitmaken, dient een aanvullende bepaling te worden opgenomen, inhoudende op welk deel van de werkzaamheden welke set algemene voorwaarden betrekking heeft of welke hiërarchie tussen de verschillende sets algemene voorwaarden geldt. Hierdoor kan worden voorkomen dat een situatie als beschreven in paragraaf 5.2.1 van deze bijdrage zich voordoet.

Wanneer later blijkt dat een nieuwe partij bij het werk, dat onderwerp van de overeenkomst vormt, moet worden betrokken, dan zal deze bij de overeenkomst kunnen toetreden. In dat geval zal in de regel een aanvullende overeenkomst worden gesloten tussen alle betrokkenen, waarin de toetreding van de nieuwe partij zal worden geregeld. Partijen doen er goed aan in dat geval te bepalen dat de nieuwe toetredende partij gebonden is aan de bepalingen van de reeds bestaande overeenkomst en doen er tevens goed aan in dat geval een exemplaar van de overeenkomst aan de nieuwe toetredende partij ter beschikking te stellen.

Indien evenwel mocht blijken dat met de nieuwe toetredende partij geen separate overeenkomst is gesloten of de overeenstemming überhaupt niet schriftelijk is vastgelegd, dan zal al snel moeten worden teruggevallen op de in de rechtspraak ontwikkelde leerstukken over de betrokkenheid van derden bij overeenkomsten, zoals in paragraaf 5.2.2 van deze bijdrage besproken.

Evenzeer gecompliceerd is de situatie waarin partijen nevenaannemer van elkaar zijn en feitelijk samenwerken, maar hun samenwerking niet in een (schriftelijke) overeenkomst hebben vastgelegd, maar los van elkaar met de opdrachtgever hebben gecontracteerd. In dat geval kan naar mijn mening nog steeds sprake zijn van een meerpartijenovereenkomst, zij het dat in dat geval aan de hand van alle omstandigheden van het geval moet worden bekeken of de door partijen bedongen algemene voorwaarden in hun relatie met de

opdrachtgever ook onderling kunnen worden ingezet. Een vanzelfsprekendheid als in de hierboven geschetste situatie waarin partijen de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden over een weer in een schriftelijke overeenkomst hebben bedongen, is dat niet. Ook in dat geval vallen partijen terug op de rechtspraak die ik in paragraaf 5.2.2 van deze bijdrage beschreef.

## 7 CONCLUSIE EN AFRONDING

De wet bevat geen specifieke bepalingen over het gebruik van algemene voorwaarden in meerpartijenverhoudingen. De hoofdregel van art. 6:213 BW is leidend. Dit onderwerp is slechts fragmentarisch in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen en dan met name in relaties waarin de opdrachtgever een derde bij de overeenkomst via de 'paardensprong' aanspreekt, daarbij over zijn contractspartij heenspringend.

In paragraaf 5.2 van deze bijdrage is evenwel besproken, dat nog veel onduidelijk is over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in meerpartijenverhoudingen. De Hoge Raad oordeelde in zijn arrest Buderus/Zürich dat de vaststelling dat een beroep op de algemene voorwaarden in de driepartijenrelatie tussen GTI, Buderus en de gemeente in de relatie tussen GTI en de gemeente (althans: haar verzekeraar) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, niet automatisch betekent dat Buderus in haar relatie tot de gemeente geen beroep toekomt op diezelfde clausule.

Met deze vaststelling is de praktijk evenwel niet geholpen. Het blijft onduidelijk, wat partijen moeten doen om over en weer een beroep op de algemene voorwaarden te kunnen doen, met name indien een schriftelijke vastlegging van de verplichtingen in een voor alle partijen ondertekende overeenkomst ontbreekt. De wet verschaft op dit punt geen duidelijkheid. Ik betwijfel evenwel of regels op dit punt zich zo 1-2-3 in een alomvattende, alle gaten dichten- de wettelijke bepaling laten vastleggen.

Deze lacune in de wet kan worden geremedieerd door in het contract voorzieningen te treffen en stil te staan bij de potentiële positie van derden of de meerpartijenconstellatie waarin partijen zich begeven.

Zoals zo vaak in het contractenrecht geldt hier het adagium 'voorkomen is beter dan genezen'. Of zoals in *Advocatenblad* stond te lezen: 'Clients prefer a fence at the cliff to an ambulance at the bottom'.<sup>43</sup>

---

43 *Advocatenblad* 2014/3, p. 22.